

ACCOUNTANTSKAMER

Beslissing in de zaak onder nummer van: 10/75, 10/76 en 10/77 Wtra AK

ACCOUNTANTSKAMER

BESLISSING ex artikel 38 Wet tuchtspraak accountants(Wtra)van 23 augustus 2010 in de zaken met nummer 10/75, 10/76 en 10/77 WTRA AK van

X,
gevestigd te [plaats],
K L A A G S T E R,
vertegenwoordigd door: X1 en X2,

t e g e n

Y1,
accountant-administratieconsulent,
kantoorhoudende te [plaats],
Y2,
accountant-administratieconsulent,
wonende te [woonplaats] en
Y3,
registeraccountant,
kantoorhoudende te [plaats],
B E T R O K K E N E N,

raadsman: mr. M. Vink, advocaat te Amsterdam.

1. Het verloop van de procedure

1.1 De Accountantskamer heeft kennis genomen van de in deze zaak gewisselde en aan partijen bekende stukken, waaronder:

- het op 6 januari 2010 ingekomen klaagschrift van 30 december 2009 met bijlagen;
- de op 21 januari 2010 ingekomen aanvulling op het klaagschrift van 20 januari 2010;
- het op 12 maart 2010 ingekomen verweerschrift van betrokkenen van 12 maart 2010 met bijlagen..

De Accountantskamer heeft na sluiting van de behandeling ter zitting van klaagster nog een brief ontvangen, gedateerd 19 juli 2010. Nu de behandeling ter zitting reeds was gesloten, heeft de Accountantskamer daarvan geen kennis genomen.

1.2 De Accountantskamer heeft de klacht behandeld ter openbare zitting van 26 maart 2010 waar zijn verschenen: klaagster, vertegenwoordigd door X1 (hierna: X1) en X2 en betrokkenen in persoon, bijgestaan door mr. M.Vink, advocaat te Amsterdam en mw.H.A.J.M. Komen, compliance officer. Betrokkenen worden hierna ook Y12, Y2, respectievelijk Y3 genoemd.

1.3 Klaagster en betrokkenen hebben bij gelegenheid van genoemde zitting hun standpunten doen toelichten (aan de hand van pleitaantekeningen, die aan de Accountantskamer zijn overgelegd) respectievelijk toegelicht en geantwoord op vragen van de Accountantskamer.

Klaagster heeft bij de pleitnotitie nog nadere stukken overgelegd. Hiertegen hebben betrokkenen bezwaar gemaakt voor zover deze een nieuwe onderbouwing van de klacht betreffen. Omdat daarvan geen sprake is heeft de Accountantskamer de stukken bij de beoordeling betrokken.

2. De vaststaande feiten

Op grond van de inhoud van de gedingstukken en aan de hand van het verhandelde ter zitting stelt de Accountantskamer het volgende vast.

2.1 Y3 en Y1 zijn als vennoot verbonden aan firma1, hierna te noemen firma1. Y2 is als vennoot aan deze onderneming verbonden geweest en is per 1 januari 2006 met pensioen gegaan. Na zijn vertrek heeft Y1 zijn werkzaamheden voor klaagster overgenomen.

2.2 De vennootschap onder firma X (hierna te noemen: X), waarvan X1 samen met X3 en X4 firmant waren, is meer dan twintig jaar klant bij firma1 geweest. X1 is per 31 december 1998 teruggetreden als firmant.

2.3 In 1988 is BV1 opgericht. Na 1997 fungeerde deze vennootschap als kapitaalverstrekker van de firma.

2.4 In 2001 heeft de firma een gedeelte van haar land verkocht aan de gemeente Den Helder ten behoeve van woningbouw. De verkoopopbrengst is (mede) aangewend voor het aankopen van goedkopere grond en het realiseren van een nieuwe schuur. Ook is in de jaren 2001 tot en met 2004 veel geïnvesteerd in plantgoed.

2.5 Omdat voldoende rendement uitbleef, ontwikkelde de firma een aanzienlijke schuldpositie. Dientengevolge ging haar huisbankier ABN AMRO Bank N.V. (hierna ABN AMRO) strenger toezicht houden en in mei 2004 is het kredietdossier overgedragen aan de afdeling Bijzonder Beheer van de bank.

2.6 X4 was in 2004 overspannen en zijn situatie verslechterde in mei 2005. Hierop zijn gesprekken gevolgd tussen de bank, de accountant en beide firmanten. X1 heeft X4 per 1 januari 2006 uitgekocht. Over dit uittreden heeft Y2 met beiden diverse gesprekken gevoerd.

2.7 Bij brief van 21 september 2005, gericht en gezonden aan X1, heeft Y2 een uitwerking gegeven van het uittreden van X4 en van de voortzetting van het bedrijf door X1, zijn echtgenote en zijn zoon.

In deze brief is onder meer opgenomen:

U treft hierbij de volgende stukken aan:

- 1. Balans per 31 december 2004 ter bepaling kapitaalaandeel X5;*
- 2. Liquiditeitsbegroting vanaf 1 september 2005 t/m 31 maart 2006;*
- 3. Liquiditeitsbegroting vanaf 1 april 2006 t/m 31 maart 2007;*
- 4. Exploitatiebegroting 2006;*
- 5. Kopie van de brief welke wij heden verzonden aan de ABN AMRO BANK N.V.*

Balans per 31 december 2004 ter bepaling kapitaalaandeel X4

Naast de fiscale balans per 31 december 2004 hebben wij een balans samengesteld waarbij de verschillende activa zijn geherwaardeerd. Op basis van deze herwaardering bedraagt het kapitaalaandeel van X5 € 854.676,-.

(...)

Brief ABN AMRO Bank N.V.

'Aan het eind van de brief staat vermeld hetgeen wij concreet aan de bank voorstellen. Indien het verzoek wordt gehonoreerd en er zich geen verdere complicaties voordoen dan biedt deze opzet naar onze mening voor u een mogelijkheid het bedrijf voort te zetten. Een voorwaarde is wel dat de totale financiering absoluut niet verder mag oplopen. Mocht, om welke redenen dan ook, de doelstellingen de komende twee jaar niet worden gehaald, dan zal aan afbouw van het bedrijf niet zijn te ontkomen'.

2.8 In de brief van Y2 aan de ABN AMRO van 21 september 2005 verzoekt Y2 de bank accoord te gaan met het volgende voorstel:

Uitkering kapitaalaandeel aan X4 middels € 550.000,- in contanten en € 300.000,- in de vorm van toedeling van 3 ha. land (waarvoor royement dient te worden verleend). Aflossingsvrij maken van de drie leningen met een restant hoofdsom van € 2.500.000,- voor een periode van 2 jaar tot 1 januari 2008. daarna aflossingen opnieuw te bezien.

Een krediet te verstrekken in rekening-courant tot een maximum van € 400.000,- tot 31 maart 2008.

2.9 Bij brief van 29 september 2005 gericht aan de firma en gezonden naar het adres van X1, is de ABN AMRO onder voorwaarden akkoord gegaan met het voorstel. De voorwaarden waren:

- er diende een scheidingsovereenkomst op hoofdlijnen (o.a. kapitaalvaststelling, contante uitkering, landtoedeling, scheidingsdatum, bedrijfswoning en handelsnaam) tussen X4 en X1 te worden opgesteld conform eerder genoemd voorstel;

- een vordering van BV1. op de firma, ten bedrage van tenminste € 1.909.049 diende middels een achterstellingsakte te worden achtergesteld aan de vorderingen van de ABN AMRO;

- in verband met de herfinanciering brengt de ABN AMRO een afsluitprovisie ad 0,75% over € 2.900.000,- in rekening.

Aan deze voorwaarden is voldaan middels een aandeelhoudersbesluit blijkende uit de notulen van een algemene vergadering van aandeelhouders van BV1. van 11 oktober 2005 en door een op 11 oktober 2005 door X1 en X4 ondertekende 'overeenkomst op hoofdlijnen ter zake van de scheiding en deling van het vermogen van de X.

In deze overeenkomst is in artikel C. onder 3. en 4. opgenomen:

' 3. Op basis van de balans per 31 december 2004 (na herwaardering) heeft een voorlopige vaststelling van het kapitaalaandeel van X5 plaatsgevonden. Partijen komen naar aanleiding van deze voorlopige vaststelling, het te verwachten resultaat over 2005 en de reguliere privé-opnamen overeen dat er een scheiding en deling zal plaatsvinden op basis van een kapitaal van de heer X5 van € 850.000,- per 1 januari 2006 (...).

4. Uitbetaling van het overeengekomen kapitaalaandeel van Uittreder ad € 850.000,- zal als volgt plaats vinden:

a. Uitbetaling in contanten van € 550.000,-, zodra de door ABN AMRO Bank N.V. in haar brief van 29 september 2005 genoemde financiering wordt verkregen tegen de in die brief genoemde voorwaarden;

b. Toedeling van 2.99 ha. land (land De Wit).'

2.10 De conceptjaarrekening 2006, opgesteld door Y1, is op 9 maart 2007 besproken met de ABN AMRO. De ABN AMRO heeft zich op het standpunt gesteld dat zij, gelet op de resultaten geen heil meer zag in continuering van de onderneming en dat naar een oplossing gezocht moest worden. Omdat Y1 dit standpunt deelde, had klaagster geen vertrouwen meer in Y1. Per 12 maart 2007 is Y3 de werkzaamheden voor de firma gaan uitvoeren.

2.11 In een opvolgend gesprek op 5 juni 2007 heeft de ABN AMRO aangegeven het benodigde krediet te willen verhogen naar € 600.000,- onder de voorwaarde dat de onderneming verkocht zou worden. Y3 heeft de firma toen laten weten dat hem een potentiële partij bekend was die mogelijk geïnteresseerd zou zijn in overname van c.q. samenwerking met de onderneming.

2.12 De firma heeft de onderneming hierna bij BV2 ter verkoop aangeboden. Toen BV3., die de potentiële koper begeleidde, Y3 op enig moment benaderde heeft Y3 haar verwezen naar BV2. Hierna heeft de firma het vertrouwen opgezegd in Y3.

2.13 Door de ABN AMRO is de financiering van de firma opgezegd waarbij aan haar tot 1 juli 2009 de gelegenheid is geboden om de schuld ten belope van € 3.200.000,- (per 19 mei 2009) te voldoen.

2.14 Een voorstel van klaagster aan BV1 van 19 mei 2009 met betrekking tot de overname door klaagster van de aandelen BV1. is, met tussenkomst van Y1, bij brief van 10 juni 2009 afgewezen.

3. De klacht

3.1 Aan de klacht liggen, zo begrijpt de Accountantskamer, in de eerste plaats verwijten ten grondslag die betrekking hebben op de wijze waarop de drie betrokkenen, ieder voor zijn deel, werkzaamheden hebben verricht met betrekking tot de uittreding van firmant X4 en de voortzetting van de onderneming door klaagster te weten:

- a. Klaagster is niet juist geadviseerd bij de overname van het aandeel van X4 in de firma. Daarbij zijn vooral de belangen van de ABN AMRO gediend, zo er al niet sprake was van een vooropgezet plan om de firma ter ziele te laten gaan. Klaagster is ten onrechte geadviseerd om de onderneming voort te zetten in plaats van te liquideren;

- b. Klaagster is niet juist en volledig geadviseerd over de aan X4 te betalen uittredingsvergoeding;
- c. In de balans van 31 december 2004, de liquiditeitsbegroting van september 2005 en in de jaarverslagen van 2005 en 2006 is bewust een onjuist beeld van de financiële positie van de firma gecreëerd.

Daarnaast maakt klaagster Y3 respectievelijk Y1 het verwijt dat:

- d. Y3 zijn geheimhoudingsverplichting heeft geschonden door BV3 van de voorgenomen verkoop van de onderneming in kennis te stellen;
- e. klaagster door de opstelling van Y1 als adviseur van BV1. niet tot onderhandse verkoop van haar grond kon overgaan vanwege het hypotheekrecht van de besloten vennootschap.

4. De gronden van de beslissing

Omtrent de klachten en het daartegen gevoerde verweer overweegt de Accountantskamer als volgt.

4.1 Het verweer van betrokkenen dat de klacht (deels) niet ontvankelijk is faalt. Niet gebleken is dat de klacht betrekking heeft op handelen van hen dat zich meer dan zes jaren voor het moment van indiening van de klacht heeft voorgedaan. Voorts heeft klaagster medio 2007 geconstateerd dat betrokkenen vanaf 31 december 2004 laakbare handelingen zouden hebben verricht waardoor op het moment van het indienen van de klacht op 6 januari 2010, gerekend vanaf medio 2007, nog geen drie jaar als bedoeld in artikel 22, eerste lid Wtra was verstreken.

4.2 Op grond van artikel 51 Wet AA respectievelijk artikel 33 Wet RA is de accountant-administratieconsulent respectievelijk registeraccountant (hierna te noemen: accountant) bij het beroepsmatig handelen onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig handelen of nalaten in strijd met het bij of krachtens de Wet AA respectievelijk Wet RA bepaalde en ter zake van enig ander handelen of nalaten in strijd met het belang van een goede uitoefening van het accountantsberoep.

4.3 De Accountantskamer stelt voorop dat in een tuchtprocedure als de onderhavige het in beginsel aan klaagster is om feiten en omstandigheden te stellen en - in geval van gemotiveerde betwisting - aannemelijk te maken, die tot het oordeel kunnen leiden dat de accountant tuchtrechtelijk verwijtbaar heeft gehandeld.

4.4 Kort samengevat heeft klaagster, zo heeft de Accountantskamer begrepen, (na uittreding van X3) indertijd met als medefirmant X4 een bloembollenonderneming gedreven. Na de verkoop van land aan de gemeente Den Helder, gepleegde herinvesteringen, de uittreding van deze medefirmant en op zich genomen financiële verplichtingen heeft klaagster, toen in 2007 bleek dat voortzetting van de onderneming niet meer haalbaar was, geconcludeerd dat betrokkenen klaagster vanaf de uittreding van voor-

melde medefirmant en met een vooropgesteld plan onjuist hebben geadviseerd en dat zij te veel op hen hebben vertrouwd. Hierdoor is de firma volgens klaagster door toedoen van betrokkenen van een eenvoudig bedrijf uitgegroeid tot een hele ingewikkelde samenstelling van belangen en leningen wat klaagster nimmer heeft gewild.

De door klaagster in onderhavige tuchtprocedure geuite verwijten rechtvaardigen naar het oordeel van de Accountantskamer deze conclusie echter niet. Het mag zo zijn dat voortzetting van de onderneming niet haalbaar is gebleken, maar dit is bezien in retrospectief niet te wijten aan de (verweten) handelwijze van betrokkenen doch komt veeleer (mede) voort uit de keuzen die klaagster zelf inzake de voortzetting van de onderneming al dan niet bewust heeft gemaakt, terwijl zij op de hoogte moet zijn geweest van de risico's van het continueren van de onderneming. Redengevend daartoe is het volgende.

4.5 Met betrekking tot de klacht beschreven onder 3.1 onder a. heeft klaagster onder meer naar voren gebracht dat de overname door Y2 in 2005 is geadviseerd terwijl klaagster dit niet heeft gewild (a). De schriftelijke weergave van Y2 komt volgens klaagster niet overeen met wat hij met klaagster heeft besproken (b) en klaagster was niet op de hoogte van de door de ABN AMRO gestelde voorwaarden (c). Ook komt hetgeen Y2 schriftelijk heeft weergegeven niet overeen met hetgeen hij met klaagster heeft besproken (d). Y2 zou BV1. tenslotte bewust onjuist geadviseerd hebben met het doel de overname mogelijk te maken (e).

4.6 Klaagster heeft de hiervoor onderscheiden onderdelen van haar klacht onvoldoende aannemelijk gemaakt. Uit de overgelegde stukken en het verhandelde ter zitting volgt naar het oordeel van de Accountantskamer dat klaagster heeft kennis genomen van de door Y2r opgestelde schriftelijke uitwerking van de uittreding, inclusief de toekomstverwachting voor de onderneming en dat klaagster bewust heeft ingestemd met de overname en de door de bank gestelde voorwaarden. Bij dit oordeel heeft de Accountantskamer het volgende in aanmerking genomen.

In de brief van 21 september 2005 van Y2 aan X1 heeft Y2 hem een uitwerking verstrekt van de uittreding van X4 en heeft hij aan de hand van twee liquiditeitsbegrotingen, een exploitatiebegroting, een voorziening voor de lening van BV1. en een voorstel aan de ABN AMRO uiteengezet op welke basis de onderneming zou kunnen worden voortgezet. Niet gebleken is dat deze begrotingen onjuist waren. Voorts heeft Y2 daarbij expliciet vermeld, en klaagster derhalve gewaarschuwd, dat als de doelstellingen niet binnen twee jaar bereikt zouden worden aan afbouw van het bedrijf niet zou zijn te ontkomen. Voorts heeft de ABN AMRO klaagster bij brief van 29 september 2005 bericht gegeven onder voorwaarden in te stemmen met het voorstel waarna X1 meegewerkt heeft aan het voldoen aan de gestelde voorwaarden door ondertekening van de overeenkomst op hoofdlijnen ter zake van de scheiding en deling van het vermogen van de X en in te stemmen met een aandeelhoudersbesluit van aandeelhouders van BV1.

Achteraf bezien is een en ander wellicht geen verstandige beslissing geweest doch dat impliceert niet dat Y2 klaagster destijds onjuist of onvolledig heeft geadviseerd over de voortzetting van de onderneming. Dat de ABN AMRO, zij het onder voorwaarden, aanleiding heeft gezien akkoord te gaan met het voorstel, maakt dit niet anders. Ook de stelling dat Y2 (slechts) de belangen van ABN AMRO zou hebben gediend en een vooropgezet plan zou hebben gehad om de firma ter ziele te laten gaan, is door klaagster op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt.

Gelet op het hiervoor overwogene is de klacht, beschreven onder 3.1 onder a. ongegrond.

4.7 Met betrekking tot de aan X4 uitgekeerde uittredingsvergoeding heeft klaagster naar voren gebracht dat het bedrag van de uitkoopsom in de boeken is verwerkt nadat de uitkoopsom is vastgesteld. Klaagster wijst er in verband daarmee op dat blijkens het jaarverslag 2005, eind 2005 nog hetzelfde herwaarderingsbedrag voor het land was opgenomen als in de balans per 31 december 2004 ondanks het in 2005 geleden verlies. Ook vindt klaagster dat Y2 en Y1 ten onrechte het firmacontract hierbij niet hebben betrokken.

Echter, wat er zij van de in het jaarverslag 2005 genoemde bedragen, naar uit het klaagschrift is gebleken zijn X1. en X4 de uittredingsvergoeding medio 2005 overeengekomen op basis van de gegevens uit de balans per 31 december 2004. Vervolgens hebben zij een en ander schriftelijk vastgelegd in de op 11 oktober 2005 getekende overeenkomst. Te dier zake treffen betrokkenen naar het oordeel van de Accountantskamer geen enkel verwijt. In zoverre is de klacht, genoemd onder 3.1 onder b. ongegrond.

4.8 Volgens klaagster heeft Y2 in de papieren rond de overname het beeld geschapen dat de overname mogelijk was terwijl in de berekeningen bewuste fouten zaten. In de liquiditeitsbegroting voor de periode tot april 2006 zijn volgens klaagster posten vergeten, op verkeerde plaatsen gezet of verkeerd begroot. Ook leek deze niet op de liquiditeitsbegroting voor de periode september 2005 tot maart 2006. Voorts klopten de cijfers in de jaarverslagen niet. Bij het jaarverslag 2006 heeft klaagster vragen bij de verzekeringen over 2005, het loon van zoon1 en over de sociale lasten. Deze verwijten, evenals de tekortkoming inzake balans van 31 december 2004 heeft klaagster nauwelijks geconcretiseerd en niet onderbouwd. In het licht van de betwisting door betrokkenen moet de conclusie zijn dat niet aannemelijk is geworden dat betrokkenen op dit punt nog enig verwijt treft. De klacht is daarom voor het onderdeel als omschreven in 3.1 onder c. eveneens ongegrond.

4.9 Klaagster vindt voorts dat Y3 zijn geheimhoudingsverplichting heeft geschonden doordat hij achter de rug van klaagster om bekend zou hebben gemaakt dat de onderneming te koop zou komen. Dit verwijt heeft klaagster niet, althans onvoldoende aannemelijk gemaakt.

Daarentegen heeft Y3 naar voren gebracht dat hij, nadat de ABN AMRO bij de verhoging van het krediet naar € 600.000,= in juni 2005 de voorwaarde van verkoop van de onderneming had gesteld, aan klaagster heeft laten weten een potentiële koper, welke werd begeleid door BV3, te kennen. Nadat klaagster Y3 ervan op de hoogte had gesteld de verkoop van de onderneming in handen te geven van BV2. heeft hij in juni 2007 een collega van BV3, die hij in Leeuwarden in het voorbijgaan was tegengekomen, desgevraagd verwezen naar BV2.

In hoofdstuk A, artikelen A-140 e.v. Verordening Gedragscode RA's zijn de door betrokkene in acht te nemen geheimhoudingsbepalingen opgenomen. Van een schending daarvan is in casu niet gebleken nu de onderneming door klaagster zelf was aangemeld bij BV2, Y3 BV3 daarnaar heeft verwezen met het oog op de belangen van klaagster en klaagster dit eerder blijkens de brief van advocaat R. Dijkman van 19 mei 2009, waarin een woord van dank daarvoor is opgenomen, toen ook zeer op prijs heeft gesteld. Gelet hierop is de klacht beschreven onder 3.1 onder d. eveneens ongegrond.

4.10 Voor zover tenslotte, klaagster Y1 verwijt dat klaagster door de opstelling van Y1 als adviseur van BV1. niet tot onderhandse verkoop van haar grond kon overgaan vanwege het hypotheekrecht van de besloten vennootschap, heeft klaagster ook dit onvoldoende onderbouwd. Uit de brieven van 3 februari 2009 en van 19 mei 2009 blijkt dat klaagster voorstellen tot onderhandse verkoop heeft gedaan, welke voorstellen door BV1. zijn afgewezen. Dit volgt uit brieven van Y1 van 4 februari 2009 en 10 juni 2009, waarin de redenen voor afwijzing van de voorstellen zijn vermeld. Uit de gevoerde correspondentie blijkt evenwel niet dat Y1 daardoor klachtwaardig heeft gehandeld. Van een belangenverstremming kon overigens geen sprake zijn omdat klaagster de relatie met het kantoor van Y1 voorafgaand daaraan had verbroken. De conclusie is dat ook de klacht beschreven in 3.1 onder e. ongegrond is.

4.11 Op grond van al het hiervoor overwogene wordt als volgt beslist.

5. De beslissing

De Accountantskamer:

- verklaart de klacht in al haar onderdelen ongegrond.

Aldus beslist en in het openbaar uitgesproken op 23 augustus 2010 door mr. M.B. Werkhoven, voorzitter, mrs. E.F. Smeele en H. de Hek, rechterlijke leden, P.A.S van der Putten RA en D. J. ter Harmsel AA/FB, accountantsleden, in aanwezigheid van mr. G.A. Genee, secretaris.

secretaris

voorzitter

Deze uitspraak is aan partijen verzonden op: _____

Ingevolge artikel 43 Wtra, juncto artikelen 31 en 32 Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 2004, kunnen klaagster dan wel de voorzitter van de NOvAA respectievelijk NIVRA tegen deze uitspraak binnen 6 weken na verzending daarvan hoger beroep instellen door het indienen van een beroepschrift bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, postbus 20021, 2500 EA te Den Haag.

Het beroepschrift dient te zijn ondertekend en de gronden van het beroep te bevatten.